

# arrest

---

## GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer HD 200.081.274

arrest van de zesde kamer van 24 april 2012

in de zaak van

**HUBERTUS HENRY MARIE LEONARDUS DIRRIX**,  
wonende te Eindhoven,  
appellant in principaal appel,  
geïntimeerde in incidenteel appel,  
— advocaat mr. R.M. van Rompaey,

tegen:

**EESTAIRS NEDERLAND B.V.**,  
gevestigd te Barneveld,  
geïntimeerde in principaal appel,  
appellante in incidenteel appel,  
advocaat mr. Ph.C.M. van der Ven,

op het bij exploit van dagvaarding van 11 november 2010 ingeleide hoger beroep van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda gewezen vonnis van 17 januari 2011 tussen principaal appellant - Dirrix - als gedaagde en principaal geïntimeerde – Eestairs - als eiseres.

### 1. **Het geding in eerste aanleg (zaak/ rolnummer: 226594 / KG ZA 10-646)**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

### 2. **Het geding in hoger beroep**

2.1. Bij memorie van grieven heeft Dirrix vijf grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot afwijzing alsnog van de vorderingen van Eestairs, met veroordeling van Eestairs in de procedurekosten, begroot conform de door Dirrix in het geding gebrachte specificatie.

2.2. Bij memorie van antwoord heeft Eestairs de grieven bestreden. Voorts heeft Eestairs incidenteel appel ingesteld, daarin één grief aangevoerd en geconcludeerd, kort gezegd, tot vernietiging van het beroepen vonnis voor wat betreft de proceskostenveroordeling, met toewijzing alsnog van de vordering tot betaling van de volledige proceskosten in eerste aanleg, uitvoerbaar bij voorraad, een en ander zoals gespecificeerd in prod. 9 HB.

2.3. Dirrix heeft in incidenteel appel geantwoord.

2.4 Partijen hebben hun standpunten doen bepleiten aan de hand van pleitnotities. Daarna hebben partijen uitspraak gevraagd op de reeds op voorhand aan het hof ten behoeve van het pleidooi toegezonden gedingstukken.

### 3. De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de beide memories.

### 4. De beoordeling

*in principaal en incidenteel appel*

4.1. Geen grieven zijn gericht tegen de feiten, zoals door de rechtbank weergegeven in r.o. 3.2 van het beroepen vonnis. Het hof zal derhalve van diezelfde feiten uitgaan. Daarnaast zijn enkele andere feiten als enerzijds gesteld en anderzijds niet voldoende gemotiveerd betwist komen vast te staan. Voor de leesbaarheid van dit arrest geeft het hof hierna een overzicht van de relevante feiten.

a) De voorzieningenrechter van de rechtbank heeft in zijn vonnis van 20 oktober 2010 – voor zover voor het onderhavige geschil relevant - het volgende beslist:

*“De voorzieningenrechter:*

*4.1. gebiedt Eestairs om zich met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis te onthouden van iedere directe en indirecte inbreuk op de auteursrechten van Dirrix op de in het lichaam van de dagvaarding beschreven trap, en derhalve het openbaar maken en/of verveelvoudigen van de trap, op welke wijze ook, te staken en gestaakt te houden,*

*4.2. bepaalt dat Eestairs voor iedere overtreding van het onder 4.1. bepaalde aan Dirrix een dwangsom verbeurt van € 25.000,00 per overtreding, tot een maximum van € 100.000,00, (...),*

b) De voorzieningenrechter heeft Eestairs voorts op straffe van verbeurte van dwangsommen bevolen een rectificatie te plaatsen op de homepage van haar website met betrekking tot de Zigzagtrap ('de trap').

c) In r.o. 4.8. van het vonnis van 20 oktober 2010 is bepaald dat de dwangsommen niet zullen worden verbeurd indien en voor zover dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

d) Het kortgedingvonnis van 20 oktober 2010 is op diezelfde dag, om 18.35 uur, aan Eestairs betekend.

e) Bij brief van 1 november 2010 heeft Dirrix aan Eestairs medegedeeld dat Eestairs op diverse punten niet (volledig) heeft voldaan aan het vonnis, met name niet aan het bevel onder 4.1, op grond waarvan het in r.o. 4.2 genoemde maximum (ter hoogte van € 100.000,=) aan dwangsommen is verbeurd. Blijkens deze brief gaat het om het volgende:

1) het meerdere dagen ongewijzigd laten van de website, derhalve ongestoorde openbaarmaking van de inbreukmakende trappen;

2) openbaarmaking van en aanprijzing van de inbreukmakende trappen op de Engelstalige website alsook via diverse andere websites, zoals de aan Eestairs gelieerde website stairporn.org, en een veelheid aan andere websites zoals wonen.nl, dearchitect.nl.

Voorts heeft Eestairs volgens Dirrix niet voldaan aan het rectificatiegebod (r.o. 4.1 sub b), hetgeen volgens Dirrix heeft geleid tot verbeurte van dwangsommen ter hoogte van € 7.000,=. Dirrix heeft in deze brief voorts geschreven dat hij overweegt executiemaatregelen te treffen.

f) Eveneens op 1 november 2010 heeft Dirrix bij exploitatie aan Eestairs bevel gedaan een bedrag van € 107.000,= te betalen, vermeerderd met rente en kosten, wegens verschuldigde

dwangsommen.

g) Eestairs heeft tegen het vonnis van 20 oktober 2010 hoger beroep ingesteld.

h) Bij arrest d.d. 5 juli 2011 heeft dit hof het vonnis van de voorzieningenrechter van 20 oktober 2010 bekrachtigd voor wat betreft de daarin sub 4.1 genoemde veroordeling, alsmede voor wat betreft de daaraan verbonden dwangsomveroordeling (r.o. 4.2). Het hof heeft het - met dwangsom versterkte - gebod tot rectificatie (r.o. 4.5) vernietigd.

4.2.1 Eestairs heeft bij dagvaarding van 6 november 2010 een executieverbod gevorderd van het vonnis van 20 oktober 2010 en de aangezegde dwangsommen, althans schorsing van de executie tot 14 dagen na de uitspraak in het hoger beroep, althans opheffing/vermindering van de dwangsom, althans veroordeling van Dirrix tot het stellen van zekerheid, met veroordeling van Dirrix in de procedurekosten.

4.2.2 Dirrix heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

4.2.3 De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 22 december 2010 Dirrix verboden om op basis van de in het kort geding beoordeelde stellingen omtrent overtredingen enige daad van tenuitvoerlegging te verrichten aangaande het vonnis van 20 oktober 2010 en de aangezegde dwangsommen, totdat een rechter anders zal hebben beslist. De voorzieningenrechter heeft Dirrix veroordeeld in de proceskosten en deze begroot op een bedrag van € 1.449,89. De voorzieningenrechter heeft het meer of anders gevorderde afgewezen.

4.3 Dirrix is van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Dirrix heeft grieven gericht tegen het hiervoor weergegeven oordeel van de voorzieningenrechter, alsmede tegen de overwegingen waarop dit oordeel berust. De grief in het incidenteel appel van Eestairs is gericht tegen de (omvang van de) proceskostenveroordeling. Het hof zal de grieven hierna gezamenlijk behandelen. Het hof zal niet toekomen aan beoordeling van de grieven voor zover deze betrekking hebben op de rectificatie als bedoeld in r.o. 4.1 sub b. Nu bij arrest van 5 juli 2011 het vonnis op dit punt is vernietigd (r.o. 4.1 sub h), gaat het hof ervan uit dat Eestairs bij de gevraagde voorziening op dit punt geen belang meer heeft.

4.4 Het hof begrijpt uit de stellingen van Eestairs dat zij zich bij dagvaarding van 6 november 2010 heeft verzet tegen de door Dirrix bij exploit van 1 november 2010 aangezegde executie. In het exploit van 1 november 2010 is vermeld dat een bedrag ter hoogte van € 107.000,= aan dwangsommen is verbeurd. Dirrix heeft in zijn brief aan Eestairs van diezelfde datum de overtredingen genoemd die in zijn visie tot verbeurde van het bedrag van € 107.000,= hebben geleid. Zonder andersluidende verklaring, die ontbreekt, dient te worden aangenomen dat de bij exploit van 1 november 2010 aangezegde executie betrekking heeft op de in de brief van 1 november 2010 genoemde overtredingen. Het is de executie van deze overtredingen, die Eestairs met haar vordering beoogt te schorsen of verbieden en ten aanzien waarvan zij opheffing of vermindering van dwangsommen wenst (dan wel zekerheidsstelling). Eestairs heeft in deze procedure haar eis niet vermeerderd in die zin, dat zij ook andere (gestelde) overtredingen onder het gevorderde executieverbod wenst te brengen. Dirrix heeft in dit geding geen tegenvordering ingesteld, zodat evenmin uit dien hoofde wordt toegekomen aan beoordeling van andere overtredingen dan die welke in de brief van Dirrix d.d. 1 november 2010 zijn genoemd. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat grief 1 in principaal appel faalt.

4.5.1 Blijkens de brief van 1 november 2010 leiden de volgende overtredingen volgens

Dirrix tot verbeurte van het bedrag van € 107.000,=:

1) voortgezette openbaarmaking van de trap op de website [www.eestairs.com](http://www.eestairs.com), zowel op het Nederlandstalige als op het Engelstalige gedeelte;

2) openbaarmaking van de trap op andere websites, zoals de - volgens Dirrix - aan Eestairs gelieerde website [www.stairporn.org](http://www.stairporn.org), [wonen.nl](http://wonen.nl) en [dearchitect.nl](http://dearchitect.nl).

Dirrix heeft bij pleidooi in eerste aanleg met betrekking tot de gestelde overtredingen diverse screenprints overgelegd (prod. 2 en 5).

Waar het de eigen website van Eestairs betreft, zijn dit voor het Nederlandstalig gedeelte screenprints met de data 21 en 22 oktober 2010, voor het Engelstalig gedeelte screenprints met de data 25, 26, 28 en 29 oktober 2010 en 1 november 2010.

4.5.2 Eestairs heeft als verweer aangevoerd dat het vonnis van 20 oktober 2010 is vervallen ex art. 1019i Rv. Volgens Eestairs heeft het bedoelde verval terugwerkende kracht op grond van art. 50(6) Trips en art. 9(5) van de Europese handhavingrichtlijn, nu deze artikelen niet van verval spreken maar van het 'herroepen' van een voorlopige voorziening en het 'ophouden gevolg te hebben'. Als gevolg daarvan kunnen de aangezegde dwangsommen volgens Eestairs niet verbeurd zijn.

Eestairs heeft voorts aangevoerd dat zij zich redelijkerwijs voldoende moeite heeft getroost om – ook op andere punten dan hier aan de orde - aan de veroordeling te voldoen. Volgens Eestairs strekte de veroordeling in de eerste plaats ertoe het vervaardigen, aanbieden en verkopen van de trap te staken. Eestairs stelt de afbeeldingen van de trap van haar eigen website te hebben laten verwijderen door haar webbeheerder Heinosoft. Zij onderbouwt dit door overlegging van een e-mailbericht van Heinosoft van 21 oktober 2010, waarin staat dat Heinosoft op ([architectenweb.nl](http://architectenweb.nl) en) [eestairs.com](http://eestairs.com) alle informatie over de trap heeft verwijderd. (prod. 8 incl. dagv.). Eestairs stelt voorts dat zij niet gehouden was om te bewerkstelligen dat ook derden afbeeldingen van de trap van hun websites verwijderden, doch zich desondanks ook daartoe te hebben ingespannen. Eestairs verwijst ook in dit verband naar e-mailberichten van Heinosoft (prod. 8 en 9 incl. dagv.).

Eestairs betwist dat op grond van de door Dirrix overgelegde screenprints voldoende aannemelijk is dat op de in de prints genoemde data de trap nog op de desbetreffende websites zichtbaar is geweest. Volgens Eestairs kan een internetpagina bij raadpleging verouderde informatie vertonen als gevolg van gebruik van cache-techniek, hetgeen voor het bestaan van de door Dirrix overgelegde pagina's een verklaring kan vormen, terwijl daarnaast manipulatie van de prints volgens Eestairs eenvoudig mogelijk is.

4.6 Het hof dient – zo nodig ambtshalve – in verband met zijn bevoegdheid als voorzieningenrechter te beoordelen of bij de in kort geding ingestelde vorderingen voldoende spoedeisend belang bestaat.

Het hof is van oordeel dat Eestairs voldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat zij voldoende spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen, hetgeen door Dirrix ook niet wordt betwist.

Het hof gaat voorbij aan de stelling van Eestairs dat Dirrix geen spoedeisend belang zou hebben bij zijn vordering(en), reeds om reden dat Dirrix in dit geding geen vordering – en derhalve ook geen geldvordering - heeft ingesteld, doch slechts tegen de vorderingen van Eestairs verweer heeft gevoerd. Dirrix heeft voorts voldoende belang bij zijn in appel gevraagde vernietiging van de voorziening, gelegen in de mogelijkheid de - thans verboden - executie van dwangsommen voort te zetten en voorts in de vernietiging van de in eerste aanleg uitgesproken proceskostenveroordeling. Het door Eestairs gestelde met betrekking tot de tijd die Dirrix heeft laten verlopen tussen het beroepen vonnis en zijn memorie van grieven staat aan ontvankelijkheid van Dirrix in dit hoger beroep niet in de weg.

4.7.1 Het hof verwerpt het betoog van Eestairs dat zij ten tijde van de gestelde overtredingen niet op straffe van verbeurte van dwangsommen tot naleving van de onderhavige voorlopige voorziening gehouden was, nu deze op grond van art. 1019iRv met terugwerkende kracht is vervallen. Naar het voorlopig oordeel van het hof kan de gestelde terugwerkende kracht niet uit de tekst van art. 1019iRv worden afgeleid, noch uit art. 50(6) TRIPs of art. 9(5) van de Europese handhavingsrichtlijn. Nu evenmin andere gronden aanwezig zijn om de gestelde terugwerkende kracht van het verval van de voorziening aan te nemen, moet ervan worden uitgegaan dat het gevorderde executieverbod op deze grond niet toewijsbaar is.

4.7.2 De vraag hoe ver de verplichtingen strekken die uit de in r.o. 4.1 van het vonnis neergelegde veroordeling voortvloeien, moet worden beantwoord aan de hand van doel en strekking van die veroordeling. De veroordeling van Eestairs om - kort gezegd - zich onmiddellijk te onthouden van directe en indirecte auteursrechtinbreuk, openbaarmaking en verveelvoudiging van de trap heeft een ruime strekking. Gelet daarop geldt als uitgangspunt dat dwangsommen slechts zijn verbeurd indien in ernst niet kan worden betwijfeld dat van een overtreding van de veroordeling sprake is.

4.7.3 Het hof is voorshands van oordeel dat redelijke twijfel in de hier bedoelde zin aanwezig is waar het betreft de door Dirrix gestelde verbeurte van dwangsommen in verband met verwijzingen naar de trap op websites van derden op data gelegen binnen een periode van twee weken na de uitspraakdatum.

Voor zover al boven redelijke twijfel is verheven dat het verbod de verplichting omvat om derden ertoe te bewegen afbeeldingen van de trap van hun websites te verwijderen, moet voorshands worden aangenomen dat op de door Dirrix genoemde data Eestairs nog met het doen van een verzoek daartoe aan de betrokken derde kon volstaan. Een eventueel verderstrekkende verplichting bestond (nog) niet op de data waarop volgens Dirrix (blijkens zijn brief van 1 november 2010) dwangsommen zijn verbeurd. Naar het oordeel van het hof heeft Eestairs door overlegging van het e-mailbericht van Heinosoft (prod. 9) voorshands voldoende aannemelijk gemaakt dat Eestairs een verzoek als hier bedoeld aan de betrokken derden heeft gedaan. Het enkele feit dat het daarmee beoogde resultaat op de door Dirrix genoemde data (nog) niet was bereikt, rechtvaardigt niet zonder meer de conclusie dat dwangsommen zijn verbeurd.

Het hof is op voorhand van oordeel dat dit niet anders is waar het websites betreft waarvan Dirrix heeft gesteld dat deze aan Eestairs zijn gelieerd, nu Eestairs heeft betwist dat zij zelf gerechtigd was alle relevante informatie op die websites te (laten) wijzigen welke betwisting wordt ondersteund door het e-mailbericht van Heinosoft, prod. 9 bij inl. dagv.) en het tegendeel op voorhand op basis van de stellingen van Dirrix en de door hem overgelegde stukken niet voldoende aannemelijk is geworden.

4.7.4 Waar het de eigen website van Eestairs betreft, [www.eestairs.com](http://www.eestairs.com), komt het hof voorshands tot een ander oordeel. In ernst kan niet worden betwijfeld dat voortzetting van openbaarmaking van de trap op de eigen website van Eestairs – op enig moment, zie r.o. 4.7.5 hierna - aanleiding geeft tot verbeurte van dwangsommen. Ook volgens Eestairs is het in het vonnis van 20 oktober 2010 neergelegde verbod bij uitstek tegen het vervaardigen van de trap door Eestairs en het aanbieden daarvan op haar eigen website gericht geweest. Eestairs heeft aangevoerd dat zij zo snel mogelijk na de uitspraak van het vonnis in actie is gekomen doordat zij op de eerste werkdag na vonnis en betekening, namelijk op 21 oktober 2010, aan haar webbeheerder Heinosoft opdracht heeft gegeven alle verwijzingen naar de trap van de website [www.eestairs.com](http://www.eestairs.com) te verwijderen. Eestairs stelt aldus op dit punt aan het vonnis te hebben voldaan, althans zich daartoe voldoende te hebben ingespannen.

4.7.5 Naar het voorlopig oordeel van het hof moet het verbod aan Eestairs om de inbreuk op het auteursrecht van Dirrix onmiddellijk te staken aldus worden uitgelegd, dat Eestairs op grond van het verbod gehouden was om onmiddellijk maatregelen te treffen teneinde het ertoe te leiden dat de trap van de website zou worden verwijderd. Het hof acht gelet op het e-mailbericht van Heinosoft (prod. 8 ) voorshands aannemelijk dat Eestairs dit heeft gedaan, door Heinosoft daartoe onmiddellijk opdracht te geven. Uit het gestelde feit dat de trap kennelijk eerst met ingang van 23 oktober 2010 van de Nederlandstalige website was verwijderd, blijkt voorshands niet dat Eestairs niet onmiddellijk de gestelde actie heeft ondernomen.

Voor zover al zou moeten worden aangenomen dat een verderstrekkende verplichting uit de veroordeling zou voortvloeien, namelijk om het resultaat (verwijdering van de trap van de website) onmiddellijk na betekening van het vonnis te bewerkstelligen, bieden de stellingen van Eestairs op dit punt aanleiding om te oordelen dat een op 21 of 22 oktober 2010 verbeurde dwangsom moet worden opgeheven, nu voorshands aannemelijk is dat Eestairs redelijkerwijs voldoende inspanning en zorgvuldigheid heeft betracht om aan het vonnis te voldoen. Het hof komt tot dit oordeel mede gelet op de – onvoldoende concreet betwiste, maar ook overigens aannemelijke – stelling dat er met het verwijderen van verwijzingen naar de trap op de website enige tijd gemoeid is, omdat technische handelingen moeten worden verricht en moet worden achterhaald waar verwijzingen naar de trap op de website zijn gelokaliseerd en voorts dienaangaand communicatie dient plaats te vinden.

4.7.6 Het hof acht voorshands evenwel niet aannemelijk dat Eestairs redelijkerwijs voldoende inspanning en zorgvuldigheid heeft betracht teneinde het Engelstalige gedeelte van haar website in overeenstemming te brengen met hetgeen de veroordeling vergt. Dirrix heeft gesteld dat tot en met 3 november 2010 (verwijzingen naar) de trap op dit Engelstalige gedeelte van de website zichtbaar zijn geweest en hij heeft, om dit aannemelijk te maken, screenprints van afbeeldingen van de trap overgelegd met daarop vermeld de data van 21, 22, 25, 26, 28 en 29 oktober 2010, alsmede 1 november 2010.

Ook indien Eestairs, zoals zij stelt, daags na de veroordeling en betekening daarvan aan Heinosoft, haar webbeheerder, opdracht heeft gegeven om ervoor te zorgen dat de trap van haar website [www.eestairs.com](http://www.eestairs.com) zou worden verwijderd, ontbreekt een voorshands voldoende aannemelijke verklaring voor de aanwezigheid van afbeeldingen van de trap op de door Dirrix overgelegde screenprints van het Engelstalig gedeelte van [www.eestairs.com](http://www.eestairs.com), twaalf dagen nadien.

Van Eestairs mocht op basis van de veroordeling naar het voorlopig oordeel van het hof verlangd worden dat zij haar eigen website op uitvoering van haar opdracht aan Heinosoft zou controleren, teneinde te voorkomen dat op haar eigen website de ongeoorloofde openbaarmaking van de trap in strijd met het vonnis zou voortbestaan. Eestairs heeft niet gesteld dat zij dat heeft gedaan, doch heeft volstaan met de opmerking dat zij tot verwijdering van verwijzingen naar de trap opdracht heeft gegeven en dat haar webbeheerder haar heeft bericht dat zij die opdracht heeft uitgevoerd.

Eestairs is voorts naar het voorlopig oordeel van het hof onvoldoende concreet ingegaan op de stellingen van Dirrix, erop neerkomend dat na 22 oktober 2010 het Nederlandstalige gedeelte van de website wel van verwijzingen naar de trap was ontdaan, maar het Engelstalige gedeelte niet. Eestairs kon in reactie daarop, juist met het oog op deze specifieke klacht met betrekking tot de verwijzingen naar de trap op haar website, niet volstaan met de meer algemene opmerking dat verwijdering van alle verwijzingen had plaatsgehad. Het lag, juist nu de stelling van Dirrix betrekking had op een specifiek gedeelte van die website, op de weg van Eestairs om ook haar stellingen op dit punt te concretiseren. Zij heeft dit echter nagelaten, terwijl evenmin het door Eestairs overgelegde e-mailbericht

van Heinosoft (prod. 8 incl. dagv.) nadere specifieke informatie op dit punt bevat.

4.7.7 Het hof verwerpt voorshands de stelling van Eestairs die erop neerkomt dat de door Dirrix overgelegde screenprints de stellingen van Dirrix niet, althans onvoldoende ondersteunen, omdat daarop – als gevolg van cache-werking – louter historische gegevens te zien zouden zijn.

Dirrix heeft deze stelling uitvoerig en concreet gemotiveerd betwist. Dirrix heeft op dit punt in het bijzonder verwezen naar een opinie van een door hem ingeschakelde deskundige (Van Maanen, zie prod. H bij MvG). Deze verklaart dat hoogst onaannemelijk is dat de screenprints cache-kopieën betreffen, gelet op (i) de frequentie waarop een browser in de regel de cache verifieert, in het bijzonder bij de instelling (van de advocaat van Dirrix) ‘every visit to page’, (ii) het aantal computers waarop de trap is gezien (Van Maanen heeft dit eind oktober ook zelf geconstateerd), en (iii) de handmatige verwijdering van de cache van één van die computers, terwijl Van Maanen in dit verband voorts belang hecht aan (iv) het feit dat eveneens screenprints van de in r.o. 4.1 sub b) bedoelde rectificatie zijn getoond, waaruit blijkt dat de website op dat moment nieuw was geladen en geen cache kopie betrof. Daartegenover heeft Eestairs slechts aangevoerd (i) dat het niet anders kan dan dat het cache geheugen van hetzij het computerprogramma van de desbetreffende gebruiker, hetzij de interne server of router, hetzij de externe server of router of één van de cache netwerken de plaatjes heeft behouden voor de desbetreffende computergebruiker, (ii) dat Eestairs hier niets aan kon doen en (iii) dat Eestairs bij het tonen van verwijzingen naar de trap geen belang meer had.

Voor zover op basis van de stellingen van Eestairs en de opinie van de door haar ingeschakelde deskundige (Thomassen), al zou kunnen worden aangenomen dat - in weerwil van hetgeen Dirrix en diens deskundige aangaande cache naar voren hebben gebracht – de kans blijft bestaan dat de screenprints historische gegevens bevatten, blijkt uit de door Eestairs gegeven uitleg niet dat dat ook - in enige mate - aannemelijk kan worden geacht. Uit hetgeen de deskundige van Eestairs heeft verklaard kan dit niet worden afgeleid. In tegendeel, volgens Thomassen hebben normale websites nauwelijks last van cache-problematiek omdat de informatie die op de website gezet wordt niet de waarde heeft dat het á la minute beschikbaar moet zijn. Thomassen noemt als voorbeeld van websites die daarmee wel een probleem hebben ‘nieuws-websites en andere prioriteitsinformatie-websites’(prod. 6 HB), met welke sites de website van Eestairs – zonder nadere verklaring, die ontbreekt - naar het voorlopig oordeel van het hof niet kan worden vergeleken. Het cache-probleem zou volgens de stellingen van Eestairs in het onderhavige geval immers niet betreffen dat niet á la minute over up-to-date informatie kan worden beschikt, maar dat informatie op haar website niet is ververst gedurende een periode van twaalf dagen.

Het lag aldus naar het voorlopig oordeel van het hof op de weg van Eestairs om concreet aan te geven op welke grond kan worden aangenomen dat de vele overgelegde screenprints zijn gemaakt van op dat moment reeds verouderde gegevens, een en ander in weerwil van de door Dirrix concreet benoemde omstandigheden die voorshands het tegengestelde standpunt ondersteunen.

Eestairs heeft daarenboven niet - althans onvoldoende gemotiveerd – betwist de stelling van Dirrix dat, indien de getoonde webpagina niet meer actueel zou zijn geweest, dit uitdrukkelijk daarop (conform een door Dirrix in prod. G gegeven voorbeeld) zou zijn vermeld.

4.7.8 Het hof gaat voorbij aan de stelling van Eestairs dat screenprints gemakkelijk gemanipuleerd kunnen worden, nu deze stelling onvoldoende concreet is om de conclusie te dragen dat van manipulatie door Dirrix of zijn advocaat van de overgelegde stukken daadwerkelijk sprake is geweest.

Voor nadere bewijslevering is in de onderhavige voorlopige voorzieningenprocedure geen plaats, zodat daaraan niet wordt toegekomen. Aan de bewijsaanbiedingen gaat het hof aldus voorbij.

4.7.9 Het hof acht gelet op het voorgaande voorshands in voldoende mate aannemelijk dat de screenprints van de Engelstalige website van Eestairs een weergave tonen van de actuele inhoud van de website op de daarop genoemde data.

Gelet op het feit dat de openbaarmaking blijkens de door Dirrix overgelegde screenprints is blijven voortbestaan tot 3 november 2010, moet voorshands worden aangenomen dat Eestairs het vonnis heeft overtreden door haar Engelstalige website niet tijdig met het daarin gegeven verbod in overeenstemming te brengen. Uit het feit dat in het in 4.1 neergelegde verbod een dwangsom per overtreding is bepaald (anders dan bijvoorbeeld met betrekking tot de rectificatie is geschied) leidt het hof af – mede gelet op hetgeen ter zitting op dit punt naar voren is gebracht - dat de overtreding gedurende veertien dagen tot een eenmalige verbeurte leidt van een dwangsom ter hoogte van € 25.000,=.

Grief II in principaal appel slaagt in zoverre.

4.7.10 Naar het voorlopig oordeel van het hof heeft Eestairs voorts onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in het concrete geval aan verbeurte van dwangsommen in de weg staan. Hetgeen zij in punt 60 bij memorie van antwoord stelt, rechtvaardigt die conclusie in ieder geval voorshands niet. De aldaar genoemde feiten en omstandigheden zijn immers reeds verdisconteerd in de hiervoor weergegeven overwegingen met betrekking tot de uitleg – naar redelijkheid – van de veroordeling en de vraag of redelijkerwijs van Eestairs meer inspanning en zorgvuldigheid mocht worden verwacht. Een bijkomende toets aan de eisen van redelijkheid en billijkheid kan op de aangegeven gronden niet tot een ander oordeel leiden.

Evenmin slaagt een beroep van de zijde van Eestairs op art. 3:13 BW. De tenuitvoerlegging van een dwangsomveroordeling kan niet worden afgewend op de grond dat disproportionaliteit bestaat tussen veroordeling en de dwangsom die in verband met het niet naleven van die veroordeling wordt verbeurd.

4.7.11 Het hof verwerpt voorts het beroep op verrekening van de zijde van Eestairs met het door Eestairs gestelde schadebedrag ter hoogte van € 211.680,= ex BTW, nu de verschuldigdheid van dit bedrag in de onderhavige kortgedingprocedure niet op eenvoudige wijze is vast te stellen. Nu de vordering is betwist en de hoogte van de gestelde schade niet op voorhand aannemelijk is, is terzake nadere bewijslevering noodzakelijk. Het kort geding leent zich voor deze nadere bewijslevering niet.

4.8.1 De conclusie uit het voorgaande luidt dat het gevorderde verbod althans de gevorderde schorsing van de executie wordt afgewezen, evenals de vordering tot opheffing althans vermindering van de dwangsom, waar het betreft voornoemde overtreding aangaande de Engelstalige website van Eestairs.

Het hof zal op dit punt de subsidiaire vordering tot het stellen van zekerheid toewijzen, gelet op de hoogte van het aan dwangsommen verbeurde bedrag, het voorlopig karakter van het oordeel omtrent de verschuldigdheid daarvan in afwachting van een uitspraak van de bodemrechter in het executiegeschil, de hoogte van de gestelde tegenvordering waarvan de beoordeling in dit kort geding niet kan plaatsvinden, de stellingen van Eestairs die erop neerkomen dat de malaise in de bouwwereld in het algemeen op dit moment het stellen van zekerheid vergt, alsmede het feit dat het hier een betaling aan een privépersoon betreft .



4.8.2 In Grief IV komt Dirrix op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat executie dient te worden geschorst totdat een andere rechter anders zal hebben beslist. Nu in dit oordeel slechts het voorlopig karakter van het gegeven executieverbod is uitgedrukt, en voorts aan de voorlopige voorziening inherent is dat deze geldt tot de uitspraak van de bodemrechter, faalt de op dit punt voorgedragen grief. Voor zover hierna het (voorlopig) executieverbod wordt toegewezen, heeft dit evenzo gelding totdat de bodemrechter in het executiegeschil uitspraak heeft gedaan over de verschuldigdheid van de onderhavige dwangsommen.

4.8.3 Het beroepen vonnis zal hierna worden vernietigd. De door Eestairs in het incidenteel appel voorgedragen grief faalt. Nu beide partijen op onderdelen over en weer in het ongelijk zijn gesteld ziet het hof aanleiding de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep, zowel in principaal appel als in incidenteel appel, aldus te compenseren dat iedere partij de eigen kosten draagt.

## 5. De uitspraak

Het hof:

*op het principaal en incidenteel appel*

5.1 vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda van 22 december 2011;

en, opnieuw rechtdoende:

5.2 beveelt Dirrix de executie van dwangsommen te schorsen voor zover dit betreft dwangsommen waarvan de executie is aangezegd bij exploit van 1 november 2010 in verband met verwijzingen naar de Zigzagtrap op de Nederlandstalige website van Eestairs (eestairs.com), alsmede op de andere in de brief van 1 november 2010 genoemde websites, op de in die brief genoemde data, een ander totdat in een bodemprocedure is beslist op de vraag of Eestairs de bij exploit van 1 november 2010 opgeëiste dwangsommen heeft verbeurd;

5.3 wijst af de vorderingen van Eestairs tot staking althans schorsing van de executie van dwangsommen zoals aangezegd op 1 november 2010, voor zover dit betreft dwangsommen in verband met verwijzingen naar de Zigzagtrap op de Engelstalige website van Eestairs (eestairs.com), gelet op het voorlopig oordeel van het hof dat terzake een dwangsom ter hoogte van € 25.000,= is verbeurd (r.o. 4.7.9);

5.4 wijst af de vordering tot opheffing of vermindering van de in r.o. 5.3 bedoelde dwangsom;

5.4 gebiedt dat executie van de dwangsom als bedoeld in r.o. 5.3 niet eerder plaatsheeft dan dat door Dirrix zekerheid is gesteld voor een bedrag ter hoogte van € 25.000,= in de vorm van een bankgarantie;

5.5 compenseert de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep met dien verstande dat ieder de eigen kosten draagt;

5.6 verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.A.G. Fikkers, M.B. Beekhoven van den Boezem en E.H. Pijnacker Hordijk en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 24 april 2012.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./geintim.:

Mr. R.M. van Rompaey

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: 24-04-2012

*J. Pijnacker Hordijk*